

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT DE LA FAMILLE À L'AUBE DU 20^e SIÈCLE : LA MARCHE VERS L'ÉGALITÉ

Auteur(s) : Claire L'HEUREUX-DUBÉ

Revue : RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

Pages : 3-18

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12735>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12735>

Page vide laissée intentionnellement.

DROIT DE LA FAMILLE À L'AUBE DU 20^e SIÈCLE : LA MARCHE VERS L'ÉGALITÉ*

par Claire L'HEUREUX-DUBÉ**

Introduction

Je me réjouis de pouvoir partager avec vous aujourd'hui quelques réflexions sur un sujet qui me tient à coeur: l'égalité en droit de la famille. Je suis très heureuse d'avoir l'occasion de participer à ce colloque, qui témoigne de notre engagement et de notre intérêt communs dans l'évolution de cet aspect particulier du droit.

L'érosion de la famille traditionnelle, où le mari et la femme jouent respectivement le rôle de pourvoyeur économique et de soutien affectif envers leurs enfants biologiques, est généralement considérée comme le fil conducteur d'une bonne partie du débat contemporain, tant juridique que politique, entourant la famille.¹ En fait, au coeur de la plupart des questions de l'heure en droit de la famille se retrouvent les difficultés économiques, affectives et souvent physiques d'un nombre croissant d'enfants et de parents, voire de personnes qui aspirent à être parents, qui s'inscrivent mal dans l'archétype familial traditionnel.

La notion de famille et la définition des relations tissées en son sein ont subi de profonds changements, non seulement en Amérique du Nord, mais partout dans le monde.² L'évolution marquée du rôle des femmes dans la vie familiale, la main-d'oeuvre et la société en général, la hausse dramatique du taux de divorces, l'augmentation du nombre des unions de fait et des familles monoparentales (dont la vaste majorité ont à leur tête une femme), la pauvreté systémique des femmes et des jeunes, voilà autant de courants qui, entremêlant

*. Allocution prononcée dans le cadre des Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre, Faculté de droit, Sherbrooke, Mai 1998.

** Juge à la Cour suprême du Canada.

1. J. Carbone, «Morality, Public Policy and the Family: The Role of Marriage and the Public/Private Divide» (1996) 36 *Santa Clara L. Rev.* 267 à la p. 268; voir également N. Bala, «The Evolving Canadian Definition of the Family: Towards a Pluralistic and Functional Approach» (1994) 8 *Int'l J.L. & F.* 293.

2. J. Bruce, *Families in Focus: New Perspectives on Mothers, Fathers, and Children*, New York, Conseil de la population, 1995.

le social et l'économique, font désormais partie de notre univers quotidien.³ La visibilité croissante des couples formés de personnes de même sexe et les possibilités nouvelles offertes par la procréation artificielle contribuent aussi à estomper l'image mythique de la famille traditionnelle. Dans ce contexte mouvant, les États à travers le monde en sont venus à reconnaître qu'il est de leur devoir de veiller à ce que le bien-être des enfants, souvent les plus vulnérables aux transformations subies par l'unité familiale, ne soit pas menacé par le souffle du changement social et économique.⁴

Que l'évolution des réalités familiales pose de nouveaux défis au droit familial comme aux autres disciplines du droit n'a donc rien de surprenant. Dans un environnement social empreint d'incertitude, où la notion même de famille est controversée, j'ai l'intime conviction que si nous voulons être fidèles à notre engagement d'oeuvrer à l'amélioration du droit et donc de la justice, notamment en droit de la famille, il nous faut axer l'évolution et les réformes juridiques sur la notion d'égalité. Notre désir d'égalité prend racine dans notre désir de justice. Car inégalité égale injustice. De l'inégalité et de l'injustice découle l'oppression, et l'oppression n'a pas sa place dans la société que nous tentons de façonner pour l'avenir. C'est pourquoi nous devons, en tant que juristes, travailler main dans la main pour faire en sorte que le système du droit de la famille ne demeure pas en marge de la réalité que vivent les hommes, les femmes et les enfants qui en ont le plus besoin.

Aussi mes commentaires aujourd'hui s'attacheront-ils à l'égalité comme objectif ultime visant à faire en sorte que l'interprétation et l'application des règles de droit dans le domaine des affaires familiales reflètent notre idéal de justice. Au Canada, cet idéal est, de manière incontestable, consacré à

-
3. Pour des statistiques canadiennes, voir P. La Novara, *Un portrait des familles au Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1993; C. Lochhead, D. Hubka et K. Boyuk, *Importance, composition, et caractéristiques économiques des familles reconstituées, en union libre et monoparentales au Canada et dépenses de garde d'enfants des familles*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1994.
 4. Divers documents internationaux, tels la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de 1980, ainsi que la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989, illustrent la sensibilité internationale croissante pour les questions touchant les enfants, laquelle a inspiré les juges et les législatures de plusieurs pays.

l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*,⁵ ainsi que par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne,⁶ lesquels constitutionnalisent le droit de toute personne d'être traitée sans discrimination.

Bien que le droit de la famille n'ait pas été traditionnellement considéré comme lié au droit à l'égalité, je crois que la notion d'égalité sous-tend la tendance moderne dans ce domaine. Nier l'existence de cet élément qu'est le droit à l'égalité en droit de la famille revient à trivialisier les inégalités très réelles subies en majorité par les femmes et les enfants par suite d'interprétations et d'applications de ce droit encore récemment largement androcentriques.

Certes, la relation entre égalité et droit de la famille s'est affinée au Canada au cours des dix années écoulées depuis l'entrée en vigueur de l'article 15. Mais si l'évolution enregistrée dans ce domaine m'apparaît fort encourageante, il n'en reste pas moins qu'une bonne partie du débat ayant cours au pays sur la direction qu'il convient d'imprimer à la politique judiciaire en réponse aux attitudes sociales et aux réalités familiales mouvantes s'attache encore à une forme particulière de cadre familial⁷ et, lorsque des enfants sont en cause, à une certaine compréhension de ce qui est dans leur intérêt.⁸ C'est peut-être là le signe que nous ne sommes pas encore parvenus à la pleine reconnaissance de l'égalité en droit de la famille canadien. Cet objectif exige, et c'est là mon propos, que nous prenions connaissance du contexte social dans lequel s'inscrivent les questions en matière de droit de la famille. Dans cette perspective, la connaissance d'office des données et des recherches existantes en sciences sociales peut s'avérer une aide précieuse dans la marche des tribunaux vers l'égalité.

Avant d'aller plus loin, nous devons nous soumettre à un exercice que j'appellerais «apprendre à parler la langue de l'égalité».

-
5. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
 6. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
 7. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.
 8. *W. (V.) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108 [ci-après *W. (V.)*], et *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 [ci-après *Gordon*].

Apprendre à parler la langue de l'égalité

La première idée que j'aimerais élaborer avec vous est que l'égalité est un mot qui, en soi, ne veut rien dire. Il n'a pas de sens universellement reconnu, inhérent ou intrinsèque. Dans cette veine, il est utile, je crois, de considérer l'égalité comme une langue semblable à toutes les autres, avec ses règles de grammaire et de syntaxe, ses nuances, ses exceptions et ses dialectes. Mais avant tout, la langue n'est pas simplement un moyen de communication. C'est l'expression de normes, d'attitudes et de cultures. Apprendre une langue et apprendre une culture vont de pair. Mes remarques d'aujourd'hui s'inspirent d'un certain optimisme: j'estime en effet que, dans son état actuel, le droit de la famille a déjà largement dépassé la compréhension de base de la langue de l'égalité. En revanche, gardons-nous de penser que nous parlons couramment cette langue alors que, dans les faits, ce n'est pas le cas.

Il est à la fois juste et ironique d'affirmer que le Canada, pays formé presque exclusivement d'immigrants et d'étrangers, est aujourd'hui un chef de file relativement à cette nouvelle langue et cette nouvelle façon de penser. Comme nombre d'immigrants qui sont venus, et continuent de venir dans notre pays, les universitaires, les avocats et les juges d'aujourd'hui acceptent pleinement l'obligation d'apprendre une langue qui les aidera à affronter l'avenir. Et par-dessus tout, si nous savons depuis longtemps qu'il existe différentes façons de parler la langue de l'égalité, ce n'est que récemment et après moult tergiversations que nous nous sommes finalement engagés à apprendre à parler en termes d'égalité substantielle plutôt qu'en termes d'égalité formelle.⁹

On ne conteste plus maintenant au Canada l'idée que, malgré le caractère comparatif du concept d'égalité, celui-ci n'exige pas toujours que tous soient traités de la même façon. En fait, il exige parfois que les gens soient traités différemment. Contrairement en effet à sa contrepartie américaine, notre *Charte* ne consacre pas simplement le droit d'être «égal». Elle consacre le droit à «l'égalité indépendamment de toute discrimination». À mon avis, le fait de reconnaître qu'égalité et discrimination sont inextricablement liées revêt une

9. Pour une critique de l'égalité formelle en matière de droit de la famille, voir M. A. Fineman, «Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric» (1995) 81 *Va. L. Rev.* 2181 aux pp. 2201-2203.

grande importance. C'est le signe d'une meilleure compréhension des valeurs qui sous-tendent la notion d'égalité. Car l'égalité ne consiste pas seulement en une égalité de traitement. Ce n'est pas non plus une équation mathématique à résoudre. Il s'agit plutôt d'égalité dans la dignité humaine et la pleine appartenance à la société, d'égalité dans l'estime de soi ainsi que d'égalité dans la considération et le respect. Telles sont les valeurs qui sous-tendent la notion d'égalité.

Notre tâche est de revoir ces postulats sous-jacents, de regarder par delà les confins du droit, et d'oser le changement en cas d'incompatibilité. Essayer de penser dans la nouvelle langue. Comme le savent tous ceux d'entre nous qui ont essayé d'apprendre une langue seconde, apprendre à penser dans cette langue est probablement le pas le plus important à franchir pour parvenir à la compréhension de la langue, et c'est de cette compréhension dont nous avons besoin pour la parler couramment.

J'ai dit précédemment qu'en termes d'apprentissage de l'égalité, nous sommes tous encore des étudiants. J'ajoute que l'apprentissage est particulièrement difficile parce qu'il s'agit davantage d'auto-enseignement que de transmission de connaissances par quelqu'un qui possède déjà la langue. Heureusement, nous n'apprenons pas dans un vacuum. Notre pierre de Rosette, notre clé pour parvenir à la compréhension réside dans nos expériences sociales passées, dans la réalité présente des moins fortunés, dans les aspirations futures de tous. Et encore, le travail ne s'arrête-t-il pas là. À notre tâche d'abolir les barrières, d'apprendre une nouvelle langue et de remettre en cause les postulats sous-tendant certaines de nos plus anciennes et vénérables institutions, s'ajoute en effet, implicitement, la tâche de reconstruire ce que nous avons démantelé.

D'où vient donc cette nouvelle langue? La notion d'égalité a évolué de façon importante depuis sa conception. Elle a changé à mesure que s'est aiguisée notre conscience comme société et que nous sommes devenus de plus en plus sensibles au fait que souvent les éléments constitutifs de la société ne correspondaient pas aux valeurs et aux structures de pouvoir de la race blanche, dominée par les hommes, auxquelles ces éléments étaient censés obéir. Bien que les Révolutions américaine et française se soient inspirées du discours égalitaire, il s'agissait manifestement d'un dialecte différent du nôtre puisqu'il ne semblait s'appliquer ni aux femmes ni aux esclaves du sud des États-Unis. Avec

le temps, toutefois, à mesure que s'est raffiné notre usage de la langue, les cas flagrants d'inégalité ont commencé à disparaître. Nous avons assisté à l'abolition de l'esclavage, à l'émancipation des femmes grâce au droit de vote, de détenir des charges publiques, et de conserver leurs biens au moment du mariage, pour n'en nommer que quelques-uns. Les lois adoptées au cours des quarante dernières années en matière de droits de la personne au Canada, aux États-Unis, en Europe et aux Nations Unies, ont contribué à solutionner les cas flagrants et les cas intentionnels de racisme, de sexisme ou d'antisémitisme.

Toutefois, la tâche d'extirper l'inégalité et l'injustice de notre société se situe aujourd'hui sur un plan plus élevé, un plan où l'inégalité et la discrimination ne découlent pas tant des intentions positives d'une personne donnée que de l'implication d'actions souvent innocentes. C'est sur ce plan élevé que s'est maintenant transporté le principal champ de bataille des litiges mettant en cause les droits à l'égalité garantis par la *Charte*. Sur ce champ de bataille intellectuel, nous ne pouvons avancer que si nous connaissons le terrain et que nous l'intégrons à notre mode de pensée, au lieu de s'y traîner avec les souliers usés de postulats jamais remis en question.

Ces postulats, je le souligne, sont profondément ancrés dans nos institutions actuelles. Les observations de John Stuart Mill se vérifient plus que jamais: la domination, disait-il, apparaît naturelle à celui qui l'exerce, et le droit transforme insidieusement le fait de la domination en une garantie juridique. L'inégalité a investi certaines de nos plus chères et de nos plus anciennes lois et institutions. Il est donc de notre devoir de réexaminer nos postulats, nos institutions et de revoir nos lois, en gardant toujours à l'esprit la réalité de ceux que la «nature» n'a pas placés en situation de domination. Telle est la promesse d'égalité substantielle qui découle de l'article 15 de notre *Charte*.

La connaissance d'office en matière de droit de la famille¹⁰

Cela m'amène à un autre sujet qui m'est cher: l'importance névralgique du contexte social en droit de la famille et l'incidence de la connaissance d'office comme moyen d'assurer la marche vers l'égalité dans ce domaine.

10. Pour une analyse plus poussée, voir C. L'Heureux-Dubé, «Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context» (1994) 26 *R. D. Ottawa* 551.

En matière familiale, le droit a toujours dû se frayer un chemin étroit entre les considérations de cohérence, d'équité, de discrétion et d'objectivité. De façon générale, toutefois, l'objectivité peut, si elle est mal conçue, s'avérer plus nuisible qu'utile dans la quête ultime de la vérité à laquelle est voué notre système de justice. En droit de la famille, le danger de s'en remettre aux vertus mythiques de l'objectivité n'est en effet que trop apparent. Plus que dans toute autre discipline du droit, les juristes discutent, débattent ou décident de questions qui mettent souvent en cause les aspects les plus importants et les plus intimes de la vie quotidienne. Pourtant, la plupart d'entre nous n'avons jamais personnellement vécu d'expériences semblables à celles des personnes dont les intérêts sont en jeu. En conséquence, à travers notre perception limitée du monde, laquelle n'est pas forcément la bonne ni la seule, il faut s'efforcer d'apprécier leur situation et d'interpréter le droit qui leur est applicable.

Notre compréhension de la règle de droit passera le plus souvent par la subjectivité inhérente du prisme de nos expériences personnelles. Son interprétation et son application ne peuvent donc être neutres que dans la mesure où nos valeurs le permettent. Aussi convient-il, à mon sens, de reconnaître le fait que les valeurs colorent l'ensemble de ce processus et peuvent en influencer le résultat. Il importe de faire en sorte qu'en prenant connaissance du contexte social dans lequel s'insère la règle de droit, nos perceptions se rapprochent le plus possible de celles des personnes sur lesquelles les opinions que nous exprimons, à titre d'universitaires, d'avocats ou de juges, ont les répercussions les plus profondes.

Pour reprendre les mots du juge en chef Warren Burger de la Cour suprême des États-Unis, «la réalité peut réfuter ce que le droit considère comme un postulat de base».¹¹ Dans la sphère du droit familial, la preuve des réalités sociales — parfois appelée preuve du cadre social — peut jouer un rôle à la fois important et nécessaire en combattant les mythes et stéréotypes populaires. Mais surtout, le recours plus explicite à cette preuve par les universitaires, les avocats et les juges peut faire en sorte de diminuer la possibilité que ces mythes et stéréotypes se transforment, *de facto*, en conclusions de droit, même lorsque

11. *Parham c. J.R.*, 442 U.S. 584 à la p. 602 (1979), traduction de : «experience and reality may rebut what the law accepts as a starting point;...».

ces conclusions défient la réalité sociale. Ainsi, le renvoi au contexte social peut jeter un éclairage pertinent sur des questions telles que les conséquences économiques de la séparation ou du divorce sur les ex-conjoints, la valeur monétaire du travail domestique, les coûts réels afférents à l'entretien et à l'éducation des enfants, le rôle du principal dispensateur de soins dans la famille («primary caregiver») et le lien entre les droits d'accès et le bien-être des enfants, l'impact du conflit parental sur les enfants ou la réalité des unions de personnes de même sexe. En imprégnant le droit de la famille du contexte social, nous nous assurons qu'il soit tenu compte du point de vue et des intérêts de toutes les parties concernées - hommes, femmes et enfants. Comme je l'ai écrit ailleurs¹² :

«[La] méthode "contextuelle" tente de s'attaquer au problème du privilège et de saisir la diversité des expériences humaines. Lorsque des questions sont examinées dans leur contexte, il devient évident que certaines présumées "vérités objectives" peuvent correspondre seulement à la situation d'un groupe donné dans la société et peuvent, en fait, être entièrement inadéquates relativement à la situation d'autres groupes.»

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que l'honnêteté intellectuelle dont procède cette méthode contextuelle est conforme non seulement à notre aspiration à la vérité et à l'égalité, mais également à l'important rôle que joue l'ordre judiciaire dans le développement du droit et des politiques judiciaires. Au Canada, depuis l'avènement des *Chartes*, il n'est plus possible de nier qu'en se prononçant sur des questions de droit ou de politique judiciaire, les juges ne font pas simplement reconnaître ou dégager passivement les règles de droit que dictent les précédents ou les principes, mais exercent un rôle créateur. Bien que ce constat soit depuis longtemps reconnu aux États-Unis, il n'a commencé que récemment à s'imposer de façon irréfutable aux tribunaux et aux commentateurs canadiens.

Dans cette perspective, il m'apparaît crucial que tous les intervenants en matière de droit de la famille reconnaissent l'importance de la preuve du cadre social et en admettent l'utilisation. Plus les universitaires et les praticiens reconnaîtront la contribution active des juges à la création du droit, plus ces

12. *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 826 [ci-après *Symes*].

derniers ressentiront la nécessité et le besoin de dévoiler les postulats sur lesquels ils fondent leurs décisions. L'image que les tribunaux auront ainsi été amenés à avoir d'eux-mêmes pourra, en retour, influencer fortement sur le rôle et l'incidence de la connaissance judiciaire du contexte social en droit de la famille.

La preuve du cadre social peut revêtir diverses significations selon les contextes. En droit de la famille, plusieurs aspects spécifiques contribuent à la nécessité pour les tribunaux de prendre connaissance d'office des réalités sociales propres à ce domaine. J'ai déjà évoqué l'importante répercussion du recours à la preuve du cadre social en ce qui a trait au droit à l'égalité. Viennent, immédiatement après, les considérations économiques. Nous ne pouvons en effet ignorer que dans les instances en droit familial, les parties ne peuvent, pour la plupart, s'offrir le luxe de longs procès, de batailles d'experts et d'une argumentation juridique sur tous et chacun des points dont le juge se propose de prendre connaissance d'office. Le fait que les parties ne disposent souvent que de maigres ressources rend d'autant plus pressant le besoin d'une administration de la justice à la fois efficace et équitable. Or, si les juges doivent encourager les parties à participer à la recherche d'éléments de preuve pertinents touchant le cadre social, il pourrait être financièrement irresponsable d'exiger, par exemple, le témoignage d'experts sur ces éléments de preuve là où un mémoire écrit pourrait suffire. Nombre de parties ne seraient tout simplement pas en mesure de participer valablement à cette démarche. Dans cette perspective, la connaissance d'office est un outil important pour faire en sorte que le système de droit de la famille reste à la fois accessible et valable pour ceux qui en dépendent le plus.

À moins que de grosses sommes ne soient investies dans un litige, le juge ne peut pas forcément présumer que tous les éléments nécessaires au prononcé d'une bonne décision ont été soumis à son attention. En fait, j'irais même jusqu'à dire qu'il incombe aux juges siégeant en droit de la famille de s'enquérir et de prendre note des données sociales, faute de quoi la qualité de leurs décisions risque d'en souffrir. À mesure que les juges deviendront des adeptes de cette méthode, se constituera un corpus de jurisprudence et de connaissances dans divers domaines du droit de la famille, corpus qu'enrichira un dialogue mieux étayé, ce qui, espérons-le, favorisera la venue dans l'arène publique d'un plus grand nombre d'études économiques, actuarielles et sociales.

Au reste, plus les coûts potentiels seront élevés, plus le conjoint le plus démuné aura tendance à éviter les procédures judiciaires et à accepter un règlement à rabais. Or, les tribunaux jouent un rôle important dans le «nivèlement du terrain» entre des conjoints dont la situation est inégale. Ils se doivent, en effet, d'être fidèles à l'objet et à l'esprit des lois en matière familiale, à la répartition équitable des charges économiques entre les conjoints, ainsi que la protection de l'intérêt des enfants du mariage. Les tribunaux, dans le domaine du droit de la famille, jouent donc, à d'importants égards, un rôle différent de celui qui leur incombe dans d'autres contextes. Ces différences remettent en cause l'utilité du système contradictoire; elles militent en faveur d'une méthode de règlement extrajudiciaire des conflits en matières familiales et devraient justifier le réexamen de la réticence traditionnelle des tribunaux à recourir explicitement à la preuve du cadre social dans ce domaine.

Le caractère prospectif des ordonnances généralement rendues en droit familial est un autre de ses traits uniques qui fait ressortir l'importance de tenir compte des données disponibles et pertinentes provenant des sciences sociales. Alors qu'une bonne partie des règles de droit sont rétrospectives, cherchant à établir la responsabilité ou les dommages en un point déterminé du passé, le droit de la famille suppose l'évaluation d'une suite d'événements et d'interactions qui s'étendent bien au-delà de la date de l'adjudication. La preuve du cadre social peut jouer un rôle utile à cet égard. Plus particulièrement, les sciences sociales étudient généralement l'incidence d'une caractéristique ou d'un comportement donné une fois que son effet s'est manifesté, comme ce fut le cas, par exemple, de l'effet de la garde conjointe. En revanche, les juges siégeant en matières familiales disposent d'un mécanisme de rétroaction dérisoire. Ils ou elles président de multiples litiges touchant la garde ou les prestations alimentaires pour les enfants ou le conjoint, sans, toutefois, disposer de moyens qui leur permettraient vraiment d'évaluer dans quelle mesure leur décision résistera à l'épreuve et aux aléas du temps. Il n'est souvent pas possible d'appliquer le test capital de la réalité, si ce n'est par voie de demande de modification ou d'appel, lorsque l'ordonnance est devenue manifestement inappropriée. Une preuve du cadre social portant sur la situation des couples après divorce ou l'effet sur l'enfant de la garde dans divers contextes peut donner aux juges une meilleure idée du sort qui attend chacune des parties et, en retour, aiguïser leur sensibilité à l'égard des répercussions de telles ordonnances. Les

décisions relatives aux aliments et à la garde étant essentiellement prospectives, une preuve qui jette un éclairage sur ce à quoi les parties doivent s'attendre une fois qu'elles auront quitté le tribunal peut donc s'avérer d'une importance primordiale pour les décideurs, qu'ils ou qu'elles soient juges, conciliateurs ou arbitres.

Ces considérations établissent le cadre du débat en ce qui a trait aux forces et aux faiblesses de l'utilisation possible par les tribunaux de la connaissance d'office de la preuve du cadre social afin d'assurer que les questions relevant du droit de la famille soient abordées d'une manière qui tienne compte à la fois des règles de droit et du contexte social. Je laisse de côté pour le moment la question de savoir s'il y a lieu d'établir des lignes directrices pour encourager les juges à recourir à la preuve du cadre social tout en minimisant les risques inhérents à ce recours. Je me contenterai d'un bref commentaire à cet égard.

Il faut établir une nette distinction entre la question de l'admissibilité de la preuve du cadre social et celle de sa force probante. Comme toute autre preuve, la preuve du cadre social doit être appréciée en fonction de sa pertinence et de sa fiabilité. Son but général est de fournir un fondement relativement objectif à partir duquel il est possible de dégager de façon critique nos valeurs personnelles, les principes sous-jacents des règles de droit et leur incidence sur les personnes qu'elles visent.

Gardons-nous, toutefois, d'attacher un trop grand poids à la preuve du cadre social. Il ne s'agit pas d'en faire un substitut à la preuve régulièrement soumise aux tribunaux, qu'elle se rapporte aux avantages et aux désavantages réels du mariage et de sa rupture, ou aux relations véritables entre les parents et leurs enfants. La preuve du cadre social ne sert pas, et ne saurait servir, à dicter au juge sa décision quant à l'appréciation de la preuve présentée au tribunal sur les questions concrètes en litige. Elle peut, par contre, s'avérer pertinente pour établir le contexte dans lequel doit être apprécié le témoignage des parties et, plus encore, pour définir la situation que le législateur entendait réformer en adoptant une loi donnée et pour évaluer la mesure dans laquelle il y est véritablement parvenu. Pareille conclusion pourrait certainement amener les tribunaux à réévaluer la façon dont ils interprètent et appliquent la loi pour voir si elle correspond vraiment à l'objet visé. En dernière analyse, par l'éclairage

qu'elle jette, cette preuve ne restreint pas véritablement le pouvoir discrétionnaire du juge — elle ne fait qu'établir un fondement plus rationnel à l'exercice de cette discrétion.

Les développements en droit de la famille au Canada

Dans ce contexte, je vais maintenant explorer avec vous les façons dont, au cours des dix années écoulées depuis l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte*, le langage de l'égalité a commencé à façonner le droit de la famille au Canada.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moge*¹³ est peut-être l'une des plus importantes pour notre droit de la famille, et ce à deux égards. Cette affaire portait sur les circonstances dans lesquelles il y a lieu, en vertu de la *Loi sur le divorce*,¹⁴ de modifier la pension alimentaire accordée au conjoint ou d'y mettre fin. Premièrement, la Cour a conclu que la *Loi sur le divorce* s'inspirait d'une philosophie globale, celle d'assurer une justice substantielle entre les parties. Or, cette notion comporte une exigence inhérente, celle que les tribunaux interprètent la *Loi sur le divorce* du point de vue de l'égalité substantielle. La Cour a rejeté en particulier le modèle de l'indépendance économique, fondé sur la dichotomie artificielle mariages «traditionnels»/mariages «modernes», comme objectif prédominant des décisions en matière d'aliments destinés au conjoint. Ce faisant, la Cour s'est efforcée d'orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans une direction compatible avec l'ensemble des objectifs et des critères énoncés dans la *Loi sur le divorce*. Dans cet arrêt, la Cour a élaboré une nouvelle philosophie de l'égalité substantielle susceptible de guider les tribunaux dans les litiges en matière d'aliments destinés au conjoint.¹⁵ Le second aspect important dans l'arrêt *Moge* est le recours explicite de la Cour au contexte socio-économique du divorce, et plus particulièrement au phénomène bien établi de la féminisation de la pauvreté, lequel recours l'a amenée à conclure que la *Loi sur le divorce* ne pouvait avoir pour objet d'institutionnaliser les profondes disparités engendrées par le mythe de l'indépendance économique. Bref, nous avons, dans l'arrêt

13. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

14. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e suppl.), c. 3.

15. Voir C. L'Heureux-Dubé, «Equality and the Economic Consequences of Spousal Support: A Canadian Perspective» (1994) 7 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y* 1.

Moge, appelé juges et praticiens à tenir compte du contexte social pour ancrer le droit de la famille dans le bon sens et la réalité.

Plusieurs autres arrêts de la Cour suprême du Canada en matière de droit de la famille s'inscrivent dans cette tendance encourageante. Les arrêts *Peter c. Beblow*¹⁶ et *Willick c. Willick*,¹⁷ par exemple, reconnaissent, en termes non équivoques, la valeur du «travail domestique», de même que la valeur des responsabilités liées à l'éducation et au soin des enfants qu'assume le parent qui en a la garde. Dans l'arrêt *Peter c. Beblow*, la Cour a fait observer que de distinguer le travail domestique des autres types de travail aurait pour effet de dévaluer systématiquement les contributions que les femmes tendent à faire à l'économie familiale, en plus de contribuer à la féminisation de la pauvreté. Dans l'arrêt *Willick*, on a fait valoir que, dans la mesure où elle touchait la modification des ordonnances alimentaires visant les enfants, l'interprétation de la *Loi sur le divorce* devait tenir compte du niveau alarmant de pauvreté chez les enfants vivant dans des familles monoparentales, ainsi que des disparités importantes entre le présent calcul des prestations alimentaires pour enfants et le coût véritable de leur entretien. Ces deux arrêts témoignent de l'incidence croissante des considérations d'égalité substantielle en matière de droit de la famille.

Ces arrêts illustrent deux propositions d'une importance, à mon avis, cruciale. La première s'énonce comme suit: l'égalité étant une composante essentielle de la justice, les juges doivent en tenir compte dans l'application ou l'élaboration des normes juridiques en matière familiale. Deuxièmement, les juges doivent systématiquement s'assurer de leur objectivité et remettre en question leurs postulats et leurs croyances. L'examen du contexte social et économique de la famille est l'une des façons d'y parvenir.

Un certain nombre d'autres arrêts importants, bien que non conçus en termes du droit à l'égalité, ont ajouté de nouvelles dimensions à notre analyse de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, les arrêts *Young c. Young*¹⁸ et *P.(D.) c. S.(C.)*¹⁹ ont

16. [1993] 1 R.C.S. 980.

17. [1994] 3 R.C.S. 670.

18. [1993] 4 R.C.S. 3.

19. [1993] 4 R.C.S. 141.

examiné, sous le régime de la *Loi sur le divorce* et du droit civil du Québec respectivement, la question des restrictions à l'accès fondées sur les activités religieuses du parent non gardien. En matière de modification des accords de séparation touchant la garde et la pension alimentaire des enfants, les arrêts *Willick et P.(M.) c. L.B.(G.)*²⁰ ont mis en lumière la responsabilité prépondérante des tribunaux de veiller à ce que ce type d'accord favorise effectivement l'intérêt des enfants.

Plus récemment, deux arrêts de la Cour suprême dans les affaires *Gordon c. Goertz*²¹ et *W. (V.) c. S. (D.)*²² ont raffiné encore le concept de garde d'enfant et la norme de l'intérêt de l'enfant dans le contexte du changement de résidence du parent gardien. Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, la Cour a unanimement permis à une mère ayant la garde de sa fille de sept ans de déménager avec elle de la Saskatchewan en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie, et elle a modifié en conséquence les droits de visite du père non gardien. Il s'agissait, en définitive, de savoir si la garde supposait le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et de définir la norme applicable, pour décider s'il convenait de modifier la garde ou l'accès, à la lumière du déménagement projeté de l'enfant par le parent gardien. La Cour a réitéré que cette décision, comme toute autre décision concernant l'enfant, devait être dictée par l'intérêt de ce dernier. À cet égard, il apparaît dorénavant manifeste que les motifs du déménagement du parent gardien ne sont généralement pas pertinents.

La Cour a convenu que l'ordonnance de garde existante devait être présumée avoir été rendue dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, la majorité a conclu qu'on ne devait pas attacher à cette ordonnance une importance particulière pour décider s'il y avait lieu de modifier la garde ou l'accès, une fois établi que le déménagement proposé constitue un changement important dans la situation de l'enfant. Les juges majoritaires ont exprimé l'avis qu'il fallait procéder à un réexamen de l'ensemble de la situation de l'enfant et des parents et, qu'à cet égard, il y avait manifestement lieu d'accorder le plus grand respect aux opinions du parent gardien.

20. [1995] 4 R.C.S. 592.

21. *Gordon*, *supra* note 8.

22. *W. (V.)*, *supra* note 8.

L'arrêt que nous avons rendu dans l'affaire *Gordon c. Goertz* n'a pas été conçu en termes du droit à l'égalité. Cela ne veut pas dire, toutefois, que lorsqu'ils ou elles tranchent des litiges en matière de changement de résidence, les juges doivent se fermer les yeux devant la réalité concrète des responsabilités qu'entraîne la garde. Une interprétation stricte de cet arrêt, faisant abstraction des sacrifices, souvent sous-estimés, qu'implique l'éducation des enfants sur les plans personnel, financier et professionnel, pourrait contribuer à désavantager systématiquement les parents gardiens.

La question du changement de résidence a également été examinée dans le cadre de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*,²³ telle que mise en oeuvre au Québec par la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*.²⁴ Dans l'arrêt *W.(V.) c. S.(D.)*, la Cour a conclu à l'unanimité que le mécanisme de retour obligatoire prescrit par la *Convention* et la *Loi* visait l'exécution du droit de garde, et non celui du droit de visite. Il s'ensuit que ce mécanisme ne s'applique pas dans le cas du parent gardien qui projette de déménager avec l'enfant, même en violation des droits de visite de l'autre parent. Je note, incidemment, que dans une affaire récente,²⁵ la Cour a décidé qu'il y avait lieu de déclarer un parent gardien coupable, sous le régime du *Code criminel*,²⁶ d'avoir enlevé son propre enfant.

Conclusion

Comme on peut le voir, le droit de la famille est l'un des domaines où l'égalité a fait des percées importantes. Cela dit, on ne saurait, toutefois, apprécier pleinement la distance qu'il reste à parcourir sans considérer notre point de destination, qui n'est rien de moins que la pleine reconnaissance de l'égalité en droit de la famille et dans les autres secteurs connexes. Récemment par exemple, dans l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*,²⁷ la Cour à la majorité a refusé d'admettre que des dispositions fiscales obligeant le parent gardien à inclure

23. 25 octobre 1980, R.T. Can. 1983, n° 35.

24. L.R.Q., c. A-23.01.

25. *R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783.

26. L.R.C. 1985, c. C-46, art. 283.

27. [1995] 2 R.C.S. 627.

dans son revenu les prestations alimentaires destinées à l'enfant, tout en permettant la déduction de ces prestations par le parent payeur, mettaient en cause le droit à l'égalité. Ce raisonnement était fondé, entre autres, sur le fait que la loi en cause conférait un avantage à «l'unité familiale» après le divorce dans le but de fournir un soutien financier et affectif aux enfants du mariage. De même, dans l'arrêt *Symes c. Canada*,²⁸ la majorité n'a pas reconnu que des questions touchant le droit à l'égalité étaient aussi en jeu dans le refus de considérer les frais de garde d'enfants comme une dépense d'entreprise déductible dans le cas d'une mère associée dans un cabinet d'avocats.

À mesure que les juristes maîtrisent la langue de l'égalité et ses nuances, toutefois, le droit de la famille se libère de plus en plus de ses stéréotypes et de ses préjugés insidieux qui masquent la diversité et la richesse du tissu humain de la société canadienne. Aussi faibles que soient les voix des hommes, des femmes et des enfants dont les points de vue et les intérêts ne sont pas reflétés par ceux de la majorité, notre tâche est de veiller, en tendant l'oreille au battement de leur droit à l'égalité, à ce que ces voix ne restent pas sans écho.

28. Symes, *supra* note 12.